

Natureza jurídica da impugnação aos embargos do executado

MÍLTON SANSEVERINO

Juiz do Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo

Estabelece o art. 740, *caput*, do CPC que, no processo de execução, se houver resistência do devedor, uma vez "Recebidos os embargos, o juiz mandará intimar o credor para impugná-los no prazo de 10 (dez) dias, designando em seguida audiência de instrução e julgamento".

Sabendo-se que os embargos do devedor constituem uma ação de conhecimento incidental, segundo conhecida lição liebmaniana ⁽¹⁾, que está à base do modelo adotado pelo atual Código de Processo Civil e que é seguida pela generalidade dos doutrinadores brasileiros ⁽²⁾, isto é, uma ação de conhecimento proposta no curso do processo de execução e que se desenvolve enquanto aquele permanece suspenso (CPC, art. 739, § 1º, em sua atual redação, conferida pela Lei nº 8.953/94), cabe indagar: qual a natureza jurídica da "impugnação" a essa ação cognitiva incidente, que o credor pode oferecer, querendo, com supedâneo nos princípios constitucionais do devido processo legal e do contraditório?

Na prática, freqüentemente, afigura-se muito importante fixar com precisão a natureza jurídica desse ato processual devido às graves conseqüências dele emergentes, seja quando praticado, seja quando ausente, mas sobretudo nesta última hipótese.

Essa questão foi enfrentada pela C Terceira Câmara do E Segundo Tribunal de Alçada Civil deste Estado no julgamento da apelação com revisão nº 399.913-0/2, de Franca, onde atuei como Relator com o voto nº 606, do seguinte teor:

(1) - E T Liebman, "Processo de Execução" Saraiva, S. Paulo 1968, 3ª ed., pág. 158 n.º 89; "Embargos do Executado" Saraiva S. Paulo, 1968, 2ª ed. n.º 92, págs 154/146. V tb Ugo Rocco, "Trattato di Diritto Processuale Civile" UTET, Torino, 1966 2ª ed., vol. I, pág. 307 n.º 2.

(2) - Moacyr A. Santos, "Primeiras Linhas de Direito Processual Civil" Saraiva S. Paulo 1984 7ª ed 3ª vol., págs 400-401 n.º 970; José Frederico Marques, "Manual de Direito Processual Civil", Saraiva, S. Paulo, 1983, 5ª ed. vol IV, págs 227-228, n.º 914 e pág. 230, n.º 917; Humberto Theodoro Júnior, "Processo de Execução" Leud S. Paulo, 1993, 16ª ed., pág. 345; "Curso de Direito Processual Civil", Forense Rio, 1989 5ª ed. n.º 897 págs. 1.004/1.005; Vicente Greco Filho, "Direito Processual Civil Brasileiro", Saraiva, S. Paulo, 1994, 8ª ed., 3ª vol., págs 106, n.º 15.2; Araken de Assis, "Manual do Processo de Execução" RT, S. Paulo, 1995 2ª ed., n.º 416, pág. 928; Ovidio A. Baptista da Silva, "Curso de Processo Civil", S.A. Fabris Editor, Porto Alegre, 1993, 2ª ed., vol. II, pág. 109, § 60; Ernane Fidélis dos Santos "Manual de Direito Processual Civil", Saraiva S. Paulo. 1993 3ª ed vol 2 pág 3 n.º 1.005

“I – Relatório

Trata-se de apelação interposta contra r. sentença que, em processo de conhecimento incidental decorrente do oferecimento de embargos à execução, julgou procedentes os embargos, deu por insubsistente a penhora, extinguiu a execução (implicitamente) e condenou a parte vencida ao pagamento das verbas da sucumbência, arbitrando a honorária advocatícia em 10% do valor da causa, devidamente atualizado, de acordo com o que vier a ser apurado em ulterior liquidação nos autos principais (fls. 48/49).

A exequente e ora embargada, inconformada, apelou. Alegou, em síntese, nulidade da r. sentença apelada por ser “totalmente adversa a matéria constante dos autos”, deu as razões do seu entendimento e terminou pedindo a procedência da “ação de execução na íntegra e na forma postulada na peça vestibular, e improcedentes os embargos, com inversão dos ônus sucumbenciais” (fls. 52/57). Resposta da parte contrária a fls. 58 e verso. Sem preparo.

II – Fundamentação

Não procede a inconformidade. A r. sentença apelada não padece da nulidade que lhe é imotivadamente imputada, tanto que sequer é apontada a causa ou o fundamento da suposta invalidade. E não é nula porque em verdade preenche todos os requisitos intrínsecos e extrínsecos exigidos por lei, em particular aqueles reclamados pelo art. 458 do CPC. Por outro lado, se fosse contrária à prova dos autos, como insinua a apelante, seria injusta e não nula. Nesta hipótese deveria se reformar (como, aliás, pleiteia o apelo no seu fecho, a confirmar que inexistiu nulidade) e não anulada, já que não se deve confundir, como é cediço, injustiça com invalidade da sentença (cf. a resp., de minha autoria, “Sentença Declaratória de Carência da Ação: validade e eficácia”, in RF 325/75, item VI).

Não é caso, todavia, de reforma do provimento jurisdicional de primeiro grau. E não é, fundamentalmente, porque a embargada deixou de impugnar os embargos, admitindo assim, tacitamente, a veracidade dos fatos neles alegados. Com efeito, intimada em 26.3.93 a manifestar-se sobre os embargos à execução, querendo, no prazo legal de dez dias, na forma do art. 740, *caput*, do CPC, como fora determinado a fls. 02 destes autos, a embargada deixou transcorrer *in albis* aludido prazo, conforme se acha certificado a fls. 09, *in fine*, também destes autos.

Ora, os embargos à execução constituem, sabidamente, segundo pacífica orientação doutrinária e jurisprudencial, uma ação de conhecimento incidental constitutiva negativa que, uma vez proposta, dá origem a um processo de conhecimento incidental de igual natureza, onde são partes o executado (no pólo ativo, como embargante) e o exequente (no pólo passivo, como embargado). Incidental por ser um processo de cognição que se desenvolve dentro do processo de execução, ficando este paralisado ou suspenso até a solução final daquele.

Por outro lado, como em todo processo há de existir forçosamente direito de defesa, sob pena de desrespeito ao art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal, isto é, sob pena de grosseira e gritante inconstitucionalidade, nesse processo de conhecimento incidental derivado dos embargos à execução não é e nem poderia ser diferente, tendo de existir também oportunidade da mais ampla e efetiva defesa, sob pena – vale repetir – de ostensiva e inadmissível inconstitucionalidade.

Acontece que, como se sabe, a defesa no direito positivo pátrio constitui modalidade de resposta do sujeito passivo da relação processual (ao lado da reconvenção, que não é defesa, mas ação, contra-ataque ou reação – v. art. 297 do CPC), podendo a defesa ser de duas espécies: direta e indireta. A primeira (direta) é sinônimo de contestação; e a segunda (indireta) são as chamadas exceções processuais (CPC, arts. 112 e 304 e segs.).

Não há dúvida de que, no caso específico do processo de conhecimento incidental decorrente dos embargos do devedor, o exequente, que nele é réu, pode arguir a exceção porventura cabível, fazendo-o porém, quando seja caso, em petição própria, já que a exceção será autuada em apenso aos embargos, que, por sua vez, são apensados aos autos da execução, ficando suspensos enquanto aquela defesa processual indireta não for julgada (CPC, arts. 265, III; 299, 2ª parte; 306; 307; 312; e, em especial, arts. 742 e 745, combinados – v., a resp., T. Negrão, “CPC e legislação processual em vigor”, Malheiros Edit., S. Paulo, 1994, 25ª ed., pág. 523, notas 1, 2 e 3 ao art. 742 do CPC).

Fica claro, assim, que não é à exceção que se refere o art. 740, *caput*, do CPC ao dizer que o credor deve ser intimado para “impugnar” os embargos, se quiser. Não se cuida aí, pois, de defesa indireta.

Essa “impugnação” é, na verdade, a contestação do réu aos embargos (o qual é credor ou exequente, ou seja, o sujeito ativo da relação processual executória, que aqui é sujeito passivo). É, enfim, a sua defesa direta, pois, do contrário, o réu ficaria sem parte de sua defesa (ou com sua defesa incompleta) no processo de conhecimento incidental oriundo dos embargos, corporificando flagrante inconstitucionalidade, na medida em que ficasse sem oportunidade de contestação, ficando restrita sua defesa à indireta (exceções processuais apenas). A defesa direta (contestação) surge, por conseguinte, precisamente com a impugnação aos embargos. Daí a perfeita identidade entre estas duas coisas, que, no fundo, são uma só.

Disso decorre – natural e necessariamente – que, faltando impugnação, isto é, contestação aos embargos, ocorre revelia, entendida esta, precisamente, como a contumácia do réu decorrente, em regra, da ausência de contestação. Foi exatamente o que aconteceu aqui, uma vez não oferecida “impugnação” (contestação) aos embargos dos devedores, como se constata pela simples observação do que consta a fls. 02/09 destes autos em confronto com o estatuído no art. 740, *caput*, do CPC.

Assim é que, intimada a embargada para contestar, querendo, os embargos oferecidos pelos executados, em 26.3.93 (uma sexta-feira), o prazo de dez dias para “impugnar” os embargos começou a fluir no primeiro dia útil seguinte, que foi 29.3.93 (uma segunda-feira), terminando em 7.4.93 (uma quarta-feira, dia igualmente útil). Sucede que até 19.4.93 – data da certidão de fls. 09, *in fine*, dando conta da ausência de impugnação – a embargada quedou em absoluto silêncio, nada dizendo sobre os embargos oferecidos pelos devedores.

Mesmo depois, aliás, o silêncio permaneceu, pois em nenhuma das três intervenções sucessivas (fls. 11, 14 e 26 destes autos, respectivamente), antes da r. sentença apelada, disse palavra sobre os embargos à execução, num mutismo ao um só tempo surpreendente, eloquente e paradoxal. Jamais chegou a ser esboçado, destarte, sequer um gesto de contrariedade ou de contestação às afirmações dos embargantes, que visavam colocar por terra a eficácia executória do título que servia de amparo à execução e, pois, a presunção de liquidez, certeza e exigibilidade dele decorrente.

Daí a revelia que inescandível e incontornavelmente se observa na espécie. E, no caso, como não se verifica qualquer das hipóteses do art. 320 do CPC, nem outro dispositivo legal semelhante, que se mostrasse cogitável na espécie, tem lugar igualmente o efeito da revelia previsto no art. 319 da lei processual civil vigente, em função do qual se presumem verdadeiros os fatos narrados na inicial dos embargos. Daí, inclusive, ter inteira pertinência na hipótese *sub judice* o v. aresto divulgado in JB 22/43 e in RT 596/139, que aqui se adapta como luva.

De outra parte, inexistindo provas que ilidam – no âmbito deste processo de conhecimento incidental, que há de ser o primeiro a ser julgado, quer por se tratar de causa prejudicial homogênea, quer por ser indispensável este julgamento para se saber se o processo de execução prosseguirá ou não – semelhante presunção (de veracidade dos fatos

narrados na inicial dos embargos, liberando os embargantes do ônus da prova correspondente, nos exatos termos do art. 334, IV, 2ª figura, do CPC), só existe um resultado possível nos lindes – convém repetir – deste processo de cognição incidente: é o acolhimento dos embargos, com a conseqüente extinção do processo executório, na seqüência, por carência da ação de execução (CPC, art. 267, VI, c.c. o art. 598), tal como postulada no item 5º da exordial dos embargos (fls. 05 destes autos), independentemente de se cogitar aqui e agora da presunção de liquidez e certeza decorrente do título executivo, devido ao caráter prejudicial deste processo cognitivo incidente.

Cabe observar, finalmente, que, ainda quando assim não fosse ou não devesse ser, admitido por amor ao debate, o processo de execução de qualquer modo deveria ser anulado **ab initio**, de acordo com o art. 618, I, do CPC, porquanto, de conformidade com o sustentado nos embargos dos devedores, sem impugnação da credora, o título em que se apóia a execução seria ilíquido, incerto e inexigível. Daí por que, não fosse a carência, haveria nulidade da execução.

E de nada adianta, finalmente, argumentar com os documentos juntados a estes autos (serôdia e irregularmente, segundo os apelados), seja porque o instrumento de fls. 27/28 apenas demonstra a existência de título executivo extrajudicial (contrato de locação, patenteando a respectiva certeza), mas não prova sua liquidez, nem a correspondente exigibilidade (em toda a sua extensão e profundidade), já que estas, tendo sido postas em xeque pelos embargantes, jamais foram demonstradas – antes foram tacitamente confirmadas a iliquidez e a inexigibilidade, mercê do silêncio em que caiu a embargada, gerando a presunção contrária ao seu interesse anteriormente mencionada –, seja porque os “recibos” de fls. 29/45 em verdade nada provam, como documentos unilaterais que são, nos quais – é inegável – a exequente poderia ter lançado ou inserido os valores e os vencimentos que bem quisesse, sem contar que continuam faltando, até agora, os comprovantes dos impostos cobrados aos executados.

A presunção que há de prevalecer nos lindes angustos deste processo cognitivo incidente, diante da ausência de contestação por parte da ré, ora apelante é, destarte, a de iliquidez e inexigibilidade do título executivo extrajudicial que ampara a execução, podendo-se conceder, no máximo, que esteja atendido ou satisfeito o requisito da certeza, ante a juntada do original do instrumento particular de contrato de locação (fls. 27/28 destes autos) por determinação judicial (v. fls. 10 v destes autos). Isso, entretanto, sobre ser redundante (pois a cópia do instrumento do contrato de locação existente nos autos principais está autenticada e “recibos” lá já existem em profusão – v. fls. 05/06v e 08/24 daqueles autos), e, pois, rigorosamente desnecessário, não afasta a presunção derivada da revelia que aqui restou consumada, nem, em decorrência, as conseqüências dela emergentes.

III – Dispositivo

Isto posto, nego provimento ao recurso e, em conseqüência, mantenho a r. sentença apelada, que, pelo exposto, não é nula, nem comporta a almejada reforma.”

Como se vê, a “impugnação” aos embargos mencionada no art. 740, **caput**, do CPC tem, em verdade, a natureza jurídica de contestação e a falta desta, no processo de conhecimento incidental derivado dos embargos do devedor, é capaz de apresentar, para o credor, a mais funesta das conseqüências, que à procedência dos embargos e, em decorrência, a extinção do processo executório, por isso que aqueles têm, por sua vez, a natureza de causa prejudicial em relação a este último ⁽³⁾.

(3) - LIEBMAN “Embargos do Executado” citis págs 164/166 nºs 100 101 e 103

Dai a importância de o credor – que é réu nos embargos à execução – não negligenciar esse aspecto e oferecer impugnação circunstanciada (**rectius**: contestação especificada) ao pedido formulado pelo devedor sempre que seja possível, a fim de que não se presumam verdadeiros os fatos alegados por aquele último. É a única maneira de não perder pleito aparentemente ganho.

O julgamento do caso concreto reproduzido acima deu-se, por unanimidade, em sessão de 30.8.94. Em idêntico sentido: ap. c/rev. nº 400.026-0/4, de Campinas, 3ª Câmara, Rel. Juiz Milton Sanseverino (voto nº 601), j. em 30.8.94, v.u., ap. c/rev. nº 394.327, 6ª Câmara, Rel. Juiz Paulo Hungria, j. em 9.3.94; JTA (LEX) 65/252; ap. nº 85.355, 2ª Câmara, Rel. Juiz Lothário Octaviano, j. em 27.6.79; ap. nº 110.060, 4ª Câmara, Rel. Juiz Lothário Octaviano, j. em 29.9.80; etc